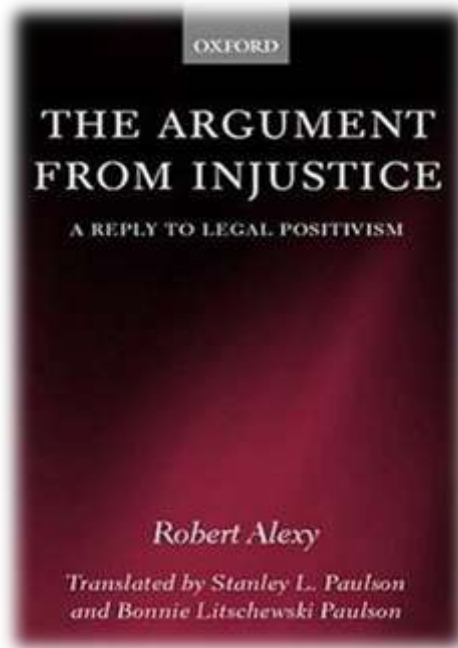


Robert Alexy

《Begriff und Geltung des Rechts》

法概念與法效力 導讀

王鵬翔. 中研院法律所籌備處助研究員



法概念與法效力

法概念的要素	判斷標準	法效力的概念
社會的實效 Social Efficacy	經驗性: 規範是否被遵守, 被違反時是否會施加制裁	社會學的效力 Sociological Concept of Validity
權威的制定 Authoritative Issuance	形式性: 規範是否為有權機關依一定的程序所制定	法學的效力 Juridical Concept of Validity (狹義的法律效力, legal validity in a narrower sense)
內容的正確 Correctness of Content	評價性: 規範的內容是否符合某些道德要求, 是否合乎正義	倫理學的效力 Ethical Concept of Validity

法概念與分離命題

- 阿列西在《法概念與法效力》的表述：
- (1) 法律的概念必須以不包含任何道德要素的方式被定義。
(分離命題)
- (2) 法概念的定義必須包含道德的要素。 (聯結命題)
- Q. 法實證主義之爭是個關於「法律」這個概念如何定義的爭論嗎？

法實證主義分離命題的真正主張是什麼？

- (3) 在確定法律的存在與內容時，不必然涉及道德評價。 →
- (3') 判斷一個規範是否具有法效力或法律命題是否為真（或正確）時，不必然涉及道德評價。

- 阿列西最近的修正表述：
- (4) 法律的效力或法律的正確性和道德評價或道德正確性之間沒有必然聯結。（分離命題，ST）
- (5) 法律的效力或法律的正確性和道德評價或道德正確性之間具有必然聯結。（聯結命題，CT）

法實證主義之爭的實踐意涵(1)

- 圍牆射殺案：守圍柏林圍牆之兩名前東德士兵W與H在1984年12月射殺一名企圖使用梯子翻越圍牆逃往西柏林的S。W，H兩人在兩德統一後以觸犯前東德刑法之殺人罪為由被起訴，試問W與H能否主張其殺人行為係依前東德邊界法(尤其是第27條關於邊界士兵使用槍械之規定)，因而阻卻違法？
- 法實證主義: **yes**。前東德邊界法的規定只要是由權威所制定並且具有社會實效，即為有效的法律。
- 反實證主義: 可能說“no!”。極端不正義即非法律 (賴德布魯赫公式)

法實證主義之爭的實踐意涵(2)

- 釋字362號：當善意無過失之第三人信賴前婚姻關係已因確定判決(如本案之離婚判決)而消滅，而與前婚姻之一方相婚，嗣後該判決又經法定程序(如再審)而變更時，導致後婚姻成為重婚時，是否仍應適用舊民法第988條第2款之規定，認為該後婚姻為無效？
 - 最高法院: **yes**。本案中最高法院的判決不正是一個依據「法律」(憲法第80、170條)所為之審判嗎？
 - 大法官: **no**。衡量結婚自由、信賴保護原則、一夫一妻制之社會秩序等理由，應限縮舊民法第988條第2款的適用
- Q. 大法官所援引的上述正反理由都不是由某個權威機關所制定，它們是具有法效力的規範嗎？最高法院不考慮這些理由所作出的判決，具有法律上的瑕疵嗎？

阿列西證成聯結命題的論證

- (6) 法律—不論是個別的法律規範、司法判決或法律體系整體—必然會提出正確性宣稱(claim to correctness)。(正確性論證)
- (7) 為了實現正確性宣稱，必然要適用道德原則以證成法律的正確性。(原則論證)
- 因此，(8) 法律的正確性必然和道德的正確性有所聯結。(聯結命題、CT)
- 並且，(9) 法律的正確性宣稱未能獲得實現時(例如極端不正義的實證法)，可能導致法效力或法律性質的喪失。(不正義論證)

正確性論證 (the argument from correctness)

- 正確性論證：法律體系的參與者必然會宣稱其法律主張或法律決定是正確的。
- 參與者觀點與觀察者觀點
- (1) 參與者觀點：處於某個法律體系中，對於「什麼是法律所命令、禁止、允許者」的問題進行論辯，並試圖提出理由來論證自己的主張的正確性。—論證導向
 - 參與者關心「什麼是正確的法律決定」（「法律命令、禁止、允許某個行為A」這個法律命題命題是否正確）
 - 典型的參與者：法官
- (2) 觀察者觀點：只描述某個法律體系實際上作出了什麼樣的決定、如何作出，但並不關心決定的正確與否。—結果導向

阿列西證成「法律必然會提出正確性宣稱」的方式

- 一個否定自身正確性的立法或判決行動會陷入「以言行事的矛盾」(performative contradiction)。
- 試看下面這兩個例子的悖謬之處何在？
 - 例1：某個國家X的制憲者制定了這樣一條憲法條文：「X是一個主權獨立，不正義的聯邦共和國」(“X is a sovereign, federal, unjust republic”)。
 - 例2：法官某甲作出這樣一個判決：「被告應被處以無期徒刑，但這是錯誤的，因為本判決是根據錯誤地解釋適用有效的法規範所作出的」。
- 「正確性宣稱」是立法或判決等法律語言行動的構成性規則(the constitutive rule of legal speech acts)：制定法律或作出判決時完全不提出正確性宣稱或自我否定其正確性，就無法成功地透過語言表述來進行立法或司法判決活動。

從「法律必然提出正確性宣稱」能夠導出聯結命題嗎？

- 法實證主義的兩個質疑：
 - (1) 法律的正確性宣稱未必具有道德意涵。
 - ← 原則論證的回應
 - (2) 正確性宣稱只能建立品質式的聯結，而非區分式的聯結：正確性宣稱未能實現，可能會使得法律具有某種瑕疵，但不會導致喪失法效力或法律的性質。
 - ← 不正義論證的回應

原則論證 (the argument from principles)

- 原則論證的三個子命題：
 - (1) 安置命題(the incorporation thesis)：每個最低限度發展的法律體系必然會包含原則。
 - (2) 道德性命題(the morality thesis)：法律體系所包含的原則必然具有某種道德關聯性。
 - (3) 正確性命題(the correctness thesis)：法律體系必然包含道德原則會使得法律和正確的道德之間具有必然的聯結。
- 原則論證的規範理論基礎：規則(rules)與原則(principles)的結構區分。

原則論證的出發點：法官要如何解決困難案件？

- 實證法必然具有開放結構(open texture)，對於處在實證法開放結構的困難案件，法官無法援引實證法的規定作為判決理由，此時有兩種可能性：
 - (1) 不附任何理由作出判決
 - 正確性宣稱所蘊含的「可證成性的擔保」(the guarantee of justifiability)排除此種可能。
 - (2) 為了實現正確性宣稱，法官必須援引實證法以外的理由，特別是道德原則來證成其判決。
- 法實證主義的反駁：道德原則只是法律以外的標準，法官未正確適用道德原則，其判決只有道德上的瑕疵，但沒有法律上的缺陷。
- 阿列西的回應：道德原則對於法官具有法律的拘束力，因為道德原則必然被包含成為法律的一部分（必然安置命題）

阿列西的必然安置命題

- 法律體系安置道德原則的兩種方式：
- A. 透過實證法的安置：直接將道德原則轉化為實證法規範，例如憲法中的基本權規定。 ← 批評：實證法是否會安置道德原則，仰賴於立法者的決定，安置與否是個偶然的事實問題。
- B. 透過衡量而安置：
- (1) 凡是法官為了證立其判決所適用的理由，都屬於法律的一部分。（程序性法律體系的理念）
- (2) 法官在解決困難案件時，負有法律上的義務去衡量道德原則以證成其判決的正確性。（法官的衡量義務）
- 因此，(3) 道德原則必然會被包含成為法律的一部分。（必然安置命題）

原則論證的幾個問題

- Q1: 「透過衡量而安置」是個健全的論證嗎？
 - 前提(1) 未必為真。凡是法官證成其判決所必須援引的理由就一定是法律規範(屬於法律的一部分)嗎?
- Q2: Is Incorporation by Balancing begging the question?
 - 阿列西原本要證成的是，「道德原則是法律的一部分，所以對於法官具有拘束力而必須適用」，但阿列西的論證似乎是「因為法官必須適用道德原則，所以道德原則是法律的一部分」。
- Q3: 原則的功能只限於填補實證法的開放結構？
 - 道德原則只有在困難案件中才發揮作用嗎?
- Q4: 對於聯結命題(CT)的證成，必然安置命題是不可或缺的嗎？
 - 安置與否的無差異性: 如果法官不適用、衡量道德原則就無法作出正確的法律決定，則道德原則即必然會對法律的正確性有所影響，至於是否要將道德原則視為「法律規範」，並不是問題的重點

不正義論證 (the argument from injustice)

- 賴德布魯赫公式(RF) — 「極端不正義即非法律」 (“Extreme injustice is not law”) :

由權威制定且具有社會實效的實證法規範，即便其內容不正義（道德上不正確），基本上仍不影響其法效力，但如果其不正義到達極端的程度時，就會喪失法效力，而不具有法律的性質。

- 證成RF主要依靠的是規範性的論據而非概念分析性的論據。
 - 在概念上有可能仍將極端不正義的實證法視為法律(實證主義的法概念)，但有規範性或目的性的理由不採取此種法概念。

關於RF的正反論據： 法實證主義(P) PK 阿列西(A)

- 語言(language)論據
 - P: RF違反了我們對於「法律」這個字詞的通常使用方式
 - A: 拒絕適用某個極端不正義實證法規定N的法官，仍是在依「法」（依據法律理由）審判，法官不能一方面承認N是法律，另一方面卻又作出違反N的判決。
- 清晰性(clarity)論據
 - P: RF混淆了法概念與服從義務的問題。極端不正義的實證法仍是有效的法律，只是由於其太過不正義，基於道德理由我們沒有服從的義務。
 - A: 複雜的概念未必不清晰。並且RF涉及不只是道德問題，更是一個法律問題，即是否有法律上的義務去遵守、適用極端不正義的實證法規定。

法實證主義(P) PK 阿列西(A) (續)

- 效用(effectiveness)論據
 - P: RF無法產生反抗惡法的實際作用，也無法改變反抗惡法行為被不義政權認定為違法的事實，將正義納進法概念的要素反而可能導致對既存法律體制不加批判的正當化—“If a norm is legal, it is moral”。
 - A: 雖然採取哪一種法概念都無法改變不義體制下惡法存在的現實，但RF仍有法律實踐與預期風險的效果。並且，RF並非將法律完全等同於道德或正義，仍然可對法律採取道德批評的態度（法律內容的道德瑕疵，基本上雖不影響法效力，但仍會構成法律上的瑕疵）。

法實證主義(P) PK 阿列西(A) (續)

- 法安定性(legal certainty)論據
 - P: RF不但有違法安定性，甚至可能導至人人依其自己的正義觀來否定實證法效力的無政府後果。
 - A: 越是極端的不正義，就越能被清楚認知(the more extreme injustice, the more certain the knowledge of it)；法安定性原則並非絕對，必須要和實質正義原則相衡量。
- 相對主義(relativism)論據
 - P: 不只是極端不正義與否，正義本身作為一種道德價值判斷，也只是主觀的偏好表達，不具客觀性，無法被理性證成。
 - A: 正義與否是可被客觀認知的，像「基於種族理由侵害少數族群身體及財產是極端不正義的」這樣的命題是能被理性證成的。大部分社群的法律實踐對於尊重人權具有高度共識，也可能削弱相對主義的論證力量。

法實證主義(P) PK 阿列西(A) (續)

- 民主(democracy)論據
 - P: RF可能使得法官訴諸正義而作出違背具有民主正當性之立法者的決定。
 - A: RF只針對極端不正義的實證法，大法官或憲法法院的違憲審查權對於民主立法者的控制遠甚於此。
- 必要性(dispensibility)論據
 - P: RF所要處理的問題可以透過立法者制定溯及既往的法律解決。
 - A: 立法者怠惰時，基於人權保障與實現正確性宣稱的法律義務，法官仍必須訴諸RF。
- 坦誠性(candour)論據
 - P: 在追訴定罪不義政權之官員與幫凶的刑事案件中，運用RF掩蓋了溯及既往處罰行為人的事實，有違罪刑法定原則。
 - A: 如果實證法規定的不正義極端程度非常明顯，那麼它自始就失去了法律的性質，運用RF只是在確定行為當時的法律狀態，而不是嗣後要去溯及地改變法律狀態。

重省阿列西的法概念論

- Q. 如果法實證主義之爭如阿列西所說的，是一個關於「法律的概念」的爭論，那麼爭論的對象是哪一種法概念？
- 德沃金(Justice in Robes, 2006)區分四種法概念：
 - (1) 教義學的(doctrinal)：用來陳述法律命題(「法律要求、禁止、允許...」)
 - 例：「士兵W與H射殺逃亡者的行為是法律所允許的」或「有配偶而重婚者，其後婚姻無效」
 - (2) 社會學的(sociological)：用來指稱特定類型的社會制度。
 - 例：「羅馬人有高度發展的法律體系」、「強制力的行使是法律的重要特質」
 - (3) 分類式的(taxonomic)：用來區分哪些規範是法律的一部分，哪些不是。
 - 例：「信賴保護是重要的法律原則」、「算術規則不是法律規範」
 - (4) 理想性的(aspirational)：指涉「法治」或「合法性」(legality)的理念。
 - 例：「紐倫堡大審對於納粹戰犯的追訴定罪並沒有違背依法審判原則。」
- Q. Alexy的聯結命題「法概念必然包含道德的要素」要如何解讀，它針對的是哪一種概念？
- CT「法律的正確性必然和道德正確性有所聯結」是關於哪一種法概念的主張？